

周 赟 著

法理文库

『应当』一词的法哲学研究

山东人民出版社

周赟 著

『应当』一词的法哲学研究

图书在版编目(CIP)数据

“应当”一词的法哲学研究/周赞著. — 济南: 山东人民出版社, 2008. 4

(法理文库/徐显明, 谢晖, 王人博主编)

ISBN 978-7-209-04436-3

I. 应... II. 周... III. 法律规范-研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 032466 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

“应当”一词的法哲学研究

周 赞 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 10.875

字 数 250 千字 插页 4

版 次 2008 年 4 月第 1 版

印 次 2008 年 4 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04436-3

定 价 23.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。电话: (0633) 8221365

规范研究与法学独立（代序）

吾人研习法学二十有七年矣，然长久以来，法学究竟为何、何为？并非洞若观火、心知肚明。因之，很多功夫，花在法律之外、法学之外。过多关注法律外部问题，并非不好，一则可为继续立法奠定标准，二则可揭示既有法律背后之诸多真相。但立法立制，本在实行。在外部立场的探索，尽管于现行法律，是种批判性反思，然于法律实行言，未必有利。何况哲学、伦理学、社会学、人类学诸科，皆可自外部视角关注法律。故而关注法律本身，庶几为法学之真谛。分析实证法学启示吾人者，唯此大端矣。

揆诸吾国法学恢复三十年来之情状，可获如下结论：法科教学、法律学者、法科学生更关注者，或为意识形态，或为法律学说。而法律规范，每每惨遭放逐，可有可无！因之，学子们谈论思想家，可以放言滔滔，然谈及法律内部问题、知识形态，居然懵懂不知。此情此景，诚须吾等法律学人深刻反思者！

有鉴于此，吾人于近年教学、研究中，刻意倡导规范学习、判例研究。并美其名曰“阅读法典、判例运动”。其宗旨，在发现法律内部之知识。《法理文库》此次推出喻中、魏治勋和周璜诸生之博士论文，皆此“运动”之初步结果。三著分别着墨于法律内部之“可以”、“不得”、“应当”诸词，深入探究法律之任意规范、禁止规范和导向规范。可谓吾国法理学首创

之议题。吾人作为诸生论文之指导者，深知作者们为此所花心血。几无前人研究经验，一切自阅读法律做起，其困难可想而知。但数载努力，终有所获。诸生之劳作，得论文阅读者之普遍肯定。答辩成绩，皆获优秀。但愿三著之出版，能助我国规范法学研究之深入展开。

或以为，法学研究，过于注重规范、判例，岂非固步自封、不求进取？果如此，则法学无法深入法律真谛，解破法律之价值基础、社会根源。坦言之，吾人昔日亦抱守此观点，并专门撰文，鄙薄“法中求法”，力倡“法外求法”。时过境迁，如今看来，此论貌似正确，实则悖谬。法律关乎交往行为中众人之事，其合法性、正当性，绝非法学一科所能包办。乃须包括自然科学在内之多学科共同攻关。倘法学因此而蔑视既定成法、判例，一味尾随价值呼唤、社会根源，则法学自身的自主、独立便丧失殆尽，与之相关，法律自身对社会的权威调整，亦无复可能。社会分工所带来的知识增量，将所剩无几。法学将被包裹于类似人类知识初萌时之“元典”中。后人在此种“元典”中，再寻今人之法学，将恰如今人在《道德经》、《论语》、《理想国》、《政治学》……中寻章摘句，寻求法学一般，耗时费工不说，所寻到的“法学”，怕也是支离破碎、殊难自圆。故而强调法学关注法律、紧扣判例，乃是法学自主自治、独立学林之必然。

法学独立，当然不是说它与其他学科老死不相往来，它只是人类面对复杂世界时，无可奈何之举措。庄生曰：“吾生也有涯，而知也无涯”。此千古名言，提示于吾人者，专心致志、心无旁骛，或可得也。“一心以为鸿鹄将至”，这也喜欢，那也挚爱，必将一事无成。近世以来，因社会分工之拓进，学科分工亦深化、细化。尽管在此之外，学科间合作也在发展，但合

作前提，乃分工所致也，而非相反。如此说来，学科分工是前提，学术合作是结果。这恰如个体自治是前提，社会合作是结果一般。更值深思者，学科之独立，是深化学术研究之必然。常言所谓“片面之深刻”，可谓一语中的。正因如此，独立诸学科之合作，才可实现“部分之和大于整体”的乘数原理，才能为决策智慧提供不同视角的参考。

在吾国推进规范研究，并资法学独立，更为迫切。众所周知，上世纪中叶以来，吾国法学曾遭灭顶之灾。“三中全会”后，法学虽在逐渐恢复，但政坛风云之忽左忽右，意识形态之摇摆不定，严重桎梏着法学发展。迎合意识形态之风，构筑“法学”研究之势，业已成为不少学者之习惯。特别是一些高居庙堂的主流法学家，常乐此不疲。而以规范和判例为依托的法学研究，不但难说蔚然成风，甚至常遭无端攻讦。此种现实，更须法学界痛定思痛，紧扣规范这一法学之命脉，深化法学研究之主题，开辟独立法学之景致。

职志于此，吾人将继续推进规范研究。此三著之外，更进的研究有法律中之“必须”、“是”、“但”、“责任”、“义务”等词。唯愿通过这些小题大做的研究，避免吾国法学继续跟风追势，实现法学赖以独立之立命之途。

是为序。

陇右天水学士 谢晖

序于公元 2008 年 1 月 3 日

目 录

规范研究与法学独立(代序)	谢晖(1)
---------------------	-------

导论 为何以及如何研究“应当”?	(1)
------------------------	-----

第一章 合理性论域中的“应当”

——以“应当”为视角论法律的价值指向	(51)
--------------------------	------

第一节 “义务论”式的合理性理论	(55)
------------------------	------

第二节 “权利论”式的合理性理论	(80)
------------------------	------

第三节 “程序论”式的合理性理论	(95)
------------------------	------

第四节 合理性理论总说	(117)
-------------------	-------

第二章 法律文本中的“应当”(上)

——对“应当”一词的实证分析	(125)
----------------------	-------

第一节 “应当”的词义	(126)
-------------------	-------

第二节 “应当”的功能——论“应当”在法律 文本中的作用	(145)
---------------------------------------	-------

第三节 “应当”的逻辑分析——以模态逻辑理 论为视角分析“应当”	(162)
---	-------

第三章 法律文本中的“应当”(下)

——对“应当”一词的实证分析	(178)
----------------------	-------

第一节 “应当”的效力——以“应当”为视角 论法律规范的内在效力来源	(178)
---	-------

第二节	“应当”的比较研究——对“应当”与“必须”、“可以”等关系的分析	 (198)
第三节	“应当”的种类——论“应当”在法典中的分类及其分布状况	 (217)
第四节	关于“应当”一词的立法建议	 (231)
第四章	法律运行中的“应当”——论“应当”及其内容与法律秩序的关系	 (249)
第一节	法律与秩序关系概说	 (249)
第二节	法律中的秩序是一种应然的秩序——以“应当”管窥法律帝国	 (263)
第三节	法律行为:沟通应然秩序与实有秩序的桥梁	 (280)
第四节	司法实践中当如何把握“应当”	 (301)
结 语	从对“应当”之研究反观中国法理学	... (307)
主要文献		 (321)
后 记		 (330)

导论

为何以及如何研究“应当”?

一、从法学研究的转向谈起

有心人可以发现,在当下中国的法学研究中,一种基于法律的研究——包括对法律解释、法律推理、法律发现等法律方法问题的研究以及关于法律概念、术语、规范的实证分析已经悄然成为一大热点;这与1990年代以前国内法学界侧重于进行关于法律的研究——包括对法之合法性问题的研究、法与道德以及法与政治关系的研究等——形成了一种比较鲜明的对比。对于国内法学研究的这种变化,有论者指出,其原因主要在于当下中国社会正在发生的全面转型,且正是这种转型的需要客观上促使必须对现有法律进行重构、进而重构当下中国法学^①。

^① 参见谢晖:《转型社会的法理面向——纯粹法理学导言》,载谢晖、陈金钊著:《法理学》,高等教育出版社2005年版,第1页;对这一论断作更为详尽分析的文章,可参见陈金钊著:《法治与法律方法》,山东人民出版社2003年版,第114~122页。

虽然,笔者并不赞成当下中国法学已经发生转向或转型的判断——因为在法学研究中对分析实证方法以及其他基于法律之研究的重视仅仅意味着我们的法学更加丰富、更加全面罢了,而并不意味着关于法律的研究不重要或已经退居到幕后。笔者认为无论从应然层面还是从实然角度讲,关于法律的研究都应当/事实上占据着法学研究的半壁江山——但是,笔者却赞成该论者以及其他相关论者关于进一步拓深法学研究中基于法律之研究的吁求。因为,如果仅有关于法律的研究而没有或少有基于法律的研究,也即没有或少有对法律概念、法律规范、法律标准以及法律原则的分析,则几乎可以断定所有关于法律之研究的结论都将由于不能具体落实为实在的(positive)法律、法规而沦为空中楼阁,而相关的法学则很可能沦为“屠龙之术”——它固然精妙,但由于世间本就没有龙因而充其量不过是毫无价值的精致摆设品。因此,从这个意义上讲,笔者认可如下一种说法,即,“要成为法律上的能工巧匠,学生们不仅要知道法律,而且还要能熟练地使用法律的工具。这些工具包括概念、逻辑与语言”^①。事实上,对法学或法律中某些基本术语、规范进行详细分析早在古罗马法学家那里就已经开始,否则,古罗马法作为一种前现代社会的法律也许就不会成为几乎当下法典法系国家法律的最重要历史渊源——从很大程

^① See R. W. M. Dias, *Jurisprudence* (fifth edition), Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1985. 本文中译参考了黄文艺的相关译文,参见[英]迪亚斯:《法律的概念与价值》,黄文艺译,载张文显、李步云主编:《法理学论丛》(第2卷),法律出版社2000年版,第435页。

度上讲,古罗马法之所以能在湮灭数百年^①后被中世纪学者全面复兴,其最重要的原因恰恰不在于它所秉持的关于法律之价值、而在于其中具体的概念、术语、规范和原则所具有的生命力。

因此,一种健康而成熟的法学研究局面应当是关于法律之研究与根据法律之研究齐头并举、互相促进。而就当下中国的法学研究而言,对后者的加强显得更为迫切而重要,因为许多根据法律之研究的基本命题我们都还没有予以足够的重视、甚至根本就忽略了;这其中,最为明显的是对法学或法律中某些基本概念的分析——即便近些年来陆续出版了一些国内学者的相关专著和国外译著^②,但几乎所有的论著都没有对诸如“是”、“可以”、“应当”、“必须”、“得”等法律以及法学命题中的虚词予以系统关注,这不能不说是一个遗憾。那么,是不

① 当然,从文化意义上讲,古罗马法从来都没有在西欧社会完全消失过,它自诞生以来就一直绵延于西欧的社会生活中(可参见[英]尼古拉斯著:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2004年版,第46~53页;另,国内有论者曾就罗马法在西欧社会的传播历程作了一较详尽的实证考察,值得留意。参见黄金兰:《法律移植研究》,第二章第一节,山东大学法学院2003级博士研究生学位论文)。本文此处所谓“湮灭”是从官方实证法的角度而言的。

② 其中最为典型的国内论著有张文显著:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年修订版;谢晖著:《法学范畴的矛盾辨思》,山东人民出版社1999年版;另外在《义务先定论》(张恒山著,山东人民出版社1999年版)、《权利及其救济》(程燎原、王人博著,山东人民出版社1993年版)等著作中也对法学中某些基本概念,如权利、义务等,进行了较为系统而详尽的分析。译著有[英]哈特著:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版;[奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版;[美]德沃金著:《认真对待权利》,吴玉章等译,中国大百科全书出版社1998年版;[美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版;[美]贝勒斯著:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,等等。

是如上这些虚词本就没有什么研究价值呢？回答当然是否定的。

让我们先来看看我国古代学者是怎么看待法律中的这些虚词的。明代学者王明德曾将“以”、“准”、“皆”、“各”、“其”、“及”、“即”、“若”等八字称为“律母”，并认为它们与法典、规范之间构成“正律为体，八字为用”的体一用关系；而之所以法律与这八字之间具有这种体一用关系，主要是因为“盖引律者，摘取以、准、皆、各四字，固无事乎取用于其、及、即、若，而摘取其、及、即、若四字时，则舍以、准、皆、各，别无所为引断以奏爰书矣”^①——在没有严格意义上的法学之中国古人那里尚且如此重视法律文本中的虚词，我们又有何理由忽视或无视这些虚词的价值？

其实，即便我们抛开古人的上述主张，而仅仅对当下的法典进行一个简略的实证考察，就会发现如下能够充分说明这些虚词重要性的一点：几乎所有法律条文、法律规范中都存在这些虚词。

如：“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。

禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度”（我国《宪法》第1条第1、2款）；

“……国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征用。任何组织或者个人不得侵占、买卖、出租或者以其他形式非法转让土地。一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地”（我国《宪法》第10条第3、4、5款）；

^①（明）王明德著：《读律佩觿》，法律出版社2001年版，第2~3页。

“……一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究”（我国《宪法》第5条第3款）；

又如：“公民在法律允许的范围内，依法核准登记，从事工商业经营的，为个体工商户。个体工商户可以取字号”（我国《民法通则》第26条）；

再如：“已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。

已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人……投毒罪的，应当负刑事责任。

已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。

因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养”（我国《刑法》第17条第1、2、3、4款）。

另外，就笔者所见，我国现存最早的关于法律、法规记载的比较系统的文件“睡虎地秦墓竹简”中，就已经存在大量的关于这些虚词之运用的“条文”，如“有收当耐未断，以当刑隶臣罪诬告人，是谓‘当刑隶臣’”；又如，“葆子□□未断而诬告人，其罪当刑城旦……葆子狱未断而诬告当刑鬼薪”^①
……

通过检索，笔者发现，在我国《宪法》、《刑法》、《民法通则》、《合同法》等四部常用“大法”（所谓“大”者，即受关

^① 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1978年版，第198、199页。应该说，其中的“当”字大体相当于现今法典中的“应当”；而在保存最为完整的唐律中，我们同样可以发现相当多的虚词（可参见《唐律疏议》，刘俊文点校，法律出版社1998年版）。

注度较大、使用频率较大——在下文中，笔者也将主要以这四部法律为实证对象）中，对“应当”、“可以”、“必须”、“是”、“不得”五个虚词的使用总次数分别是 502 次，307 次，24 次，210 次，88 次^①；如果再对法典中其他虚词作一番考察，我们基本可以得出如下一个结论，即，“应当”是使用频率最高的一个法律用虚词。这似乎已经表明，对虚词“应当”的研究显得最为迫切而必要。

针对本文上述论证思路——即通过考察“应当”一词的使用频率来证立对其研究的必要性——可能会有如下诘问：即，使用频率高就能成为研究必要性的理由么？也许，诸如“应当”等虚词不过是法律文本中设定规范时可有可无的装饰品罢了；进而言之，既然因为使用频率高就有必要去研究“应当”等虚词，那为何不去研究“第”、“条”以及“的”等词——如所周知，在法典中使用频率最高的也许是“第 X 条”中“第”和“条”以及结构助词“的”字。

对于如上第一个问题，笔者认为，虽然单纯地从语文的角度讲，法律条文确实可以不用“应当”等虚词来表述其规范，以我国《民法通则》第 18 条第 1 款“监护人……除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产”为例，我们完全可以将其替换为“监护人……除为被监护人的利益外，处理被监护

^① 对于这个统计数据，不知是由于统计工具的不同（笔者用的是 Windows XP 中的 Word 检索工具）还是其他原因，另一论者的相关数据好像与本文略有出入，譬如合同法中的“可以”，笔者的检索数据是 192 处而该论者的是 189 处；又如刑法中的“应当”，笔者的数据是 77 处而该论者的是 74 处（详见刘红婴著：《法律语言学》，北京大学出版社 2003 年版，第 88 页以下的数个表格）。好在就基本的结论而言，该论者的统计数据与本文是一样的，即“应当”的使用频率总体而言是最高。

人的财产为非法”，而不必一定表述为“监护人……除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产”。然而，就立法技术和规范而言，第一，如果不借用“可以”、“应当”、“不得”等词作为连接词，则必将使法律规范的表述呈现出一种更为多样的局面，而这与法律文本的严谨性、严肃性和统一性属性^①是相悖的；第二，在世界各国的立法实践中，立法者已经习惯于用“应当”等词、而非用如上的替代方式来表述一个法律规范。这意味着，我们只能、或说不得不统一于用“应当”等词设定规范，而不应无故去割裂立法习惯，而统一于另一种规范设定方式。

关于如上第二个可能的诘问，笔者的回答是，本文强调研究“应当”等语词，并不仅仅因为它们在法典中出现频率高，还因为其具有下文（第二小节）中所分析的各种研究价值；另外，虽然本文并不关注如上“第”、“的”等语词，但这并不意味着笔者否认它们的理论研究价值，事实上，对法律文本中的“的”字及其所构成的短语，已经有学者予以了一定的关注，如有学者就专门研究了“‘的’字短语”问题^②。

二、法理学应当关注“应当”——论“应当”一词的法学研究价值

（一）“应当”作为虚词的研究价值

① 笔者认为，法律文本措辞、造句的统一性，是法律文本的重要内在道德——虽然法律本身应当是宽容、保护世界之多样性的，但法律文本在这一点上不应追求多样性。

② 这当然是值得肯定的。相关内容，详见刘红婴著：《法律语言学》，北京大学出版社2003年版，第99～101页；王洁著：《法律语言研究》，广东教育出版社1999年版，第51～52页。当然，目前尚没有对“第X条”中“第”、“条”进行研究的文章或著作——事实上，对这两个词的法学研究似乎没有多少必要性。

作为一个虚词,“应当”具有如下几个方面——主要是实证分析——的研究价值:

(1)“应当”、“可以”、“必须”、“不得”等词是使法律条文成为意义明确的规范、特别是使各类法律条文的属性明确的关键词。所谓法律条文的属性——就此处而言,即法律规范的属性。按照通说,法律规范以其逻辑属性的不同可以分为授权性规范、积极义务性规范和消极义务性规范,其中前者指“允许主体作一定行为或要求他人作一定行为的规范”;中者指“要求人们作一定的积极作为”的规范;后者指“规定了不作为义务”的规范^①。一般而言,授权性法律规范用“可以”作为设定规范的核心词(另外也以“有……的自由”或“有权……”作为赋予权利的方式,但数量较少);命令性规范用“应当”、“必须”、“得”等虚词(有时也用“有义务……”)作为设定规范的核心词;而禁止性规范则往往用“不得”(有时也用“禁止……”)作为设定规范的核心词。

不夸张地讲,如果没有这些虚词,我们的法典将可能很难为社会输入形式统一的、逻辑明确的规范。让我们从如下法律条文的例子中来说明这个问题:

“监护人……除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产”(我国《民法通则》第18条第1款);

^① 参见孙国华主编:《法理学教程》,中国人民大学出版社1994年版,第363~366页。另外,虽然对于法律规范的属性有不同的称呼,如称积极性义务规范为“命令性规范”而称消极义务规范为“禁止性规范”(相关分析可参见沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社2000年版,第33页),又如称授权性规范为“任意性”规范而称两者为“强制性”规范(相关分析可参见谢晖、陈金钊著:《法理学》,高等教育出版社2005年版,第97~98页),但应当说,相关分析之结论是大同小异的——也正是在这个意义上,笔者“认定”其为学界通说。

“对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”（我国《刑法》第23条第2款）；

“中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权益，在中国境内的外国人必须遵守中华人民共和国的法律。

中华人民共和国对于因为政治原因要求避难的外国人，可以给予受庇护的权利”（我国《宪法》第32条第1、2款）。

在如上法条中，如果我们除去其中的“可以”、“应当”或“必须”，则相应地变为如下条款：

“监护人……除为被监护人的利益外，处理被监护人的财产”；

“对于未遂犯，比照既遂犯从轻或者减轻处罚”；

“中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权益，在中国境内的外国人遵守中华人民共和国的法律。

中华人民共和国对于因为政治原因要求避难的外国人，给予受庇护的权利”。

对如上相应的三组条款进行分析，我们可以发现本来已经非常明确的分属不同属性的法律规范，因为虚词的缺失，使得其具有了规范意义不明确的属性，或者使这些规范的属性发生了转变，甚至至于使我们很难再清楚地判断出有关规范到底属于哪种属性的规范。如在第一组中，本来是一个意义明确的禁止性规范，但由于“不得”的略去，我们甚至不能明白该规范的指导功能到底是什么——即到底是除为监护人的利益外，可以处理被监护人的财产还是禁止处理被监护人的财产；在第二组中，本来是一种授权性规范，可在除去“可以”一词后，却变成了命令性规范；就第三组规范来说，当第1款中的“必须”去除后，我们甚至看不出其是否仍是一个“规范”——现在看上去好像更像是一种实证性的描述，而当第二款中的“可